

HRRS-Nummer: HRRS 2021 Nr. 328

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2021 Nr. 328, Rn. X

**BGH 5 StR 562/20 - Beschluss vom 3. März 2021 (LG Hamburg)**

**Rechtsfehlerhafter Gesamtstrafenausspruch.**

**§ 55 StGB**

**Entscheidungstenor**

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 31. Juli 2020 aufgehoben

im Gesamtstrafenausspruch,

soweit die Einziehungsentscheidung aus dem Urteil des Amtsgerichts Hamburg vom 24. Mai 2017 (Az.: 203 Js 37/17, 6700 Js 103/16) aufrechterhalten worden ist; die Entscheidung entfällt.

Die weitergehende Revision wird mit der Maßgabe verworfen, dass gegen den Angeklagten die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 26.145 Euro als Gesamtschuldner angeordnet wird.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Wohnungseinbruchdiebstahls in zwei Fällen unter Einbeziehung einer Strafe aus dem in der Beschlussformel bezeichneten amtsgerichtlichen Urteil und unter Aufrechterhaltung einer darin getroffenen Einziehungsentscheidung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zwei Monaten verurteilt. Darüber hinaus hat es gegen den Angeklagten wegen schweren Wohnungseinbruchdiebstahls in vier Fällen, wegen versuchten schweren und versuchten Wohnungseinbruchdiebstahls eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verhängt und gegen ihn - teils als Gesamtschuldner - eine Einziehungsanordnung getroffen. Die in Ö. erlittene Auslieferungshaft hat es im Verhältnis 1:1 auf die verhängten Strafen angerechnet. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten führt zu dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Der Gesamtstrafenausspruch hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zutreffend hat der Generalbundesanwalt dargelegt, dass eine Bewilligung der Auslieferung für die Vollstreckung der Freiheitsstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Hamburg vom 25. Mai 2017 nicht vorliegt. Zu den Konsequenzen hat er Folgendes ausgeführt:

„Da die Nichtbeachtung des auslieferungsrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes aus § 83h Abs. 1 IRG ein Vollstreckungshindernis bewirkt, hat die Strafe aus dem Urteil nicht in eine Gesamtstrafe einbezogen werden dürfen (vgl. nur Senat, Beschluss vom 26. Mai 2020 - 5 StR 55/20). Solange diese Strafe nicht einbezogen werden darf, ist aus allen verhängten Einzelstrafen (nur) eine Gesamtstrafe zu bilden, denn Urteile, deren Strafen nicht nach § 55 StGB einbeziehungsfähig sind, entfalten keine Zäsurwirkung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Januar 2014 - 4 StR 499/13; vom 24. Februar 1981 - 5 StR 36/81).“

Dem schließt sich der Senat an. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs. Da es sich um einen bloßen Wertungsfehler handelt, können die Feststellungen bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO).

2. Zu Recht weist der Generalbundesanwalt darauf hin, dass die Aufrechterhaltung der Einziehungsentscheidung aus dem vorbenannten amtsgerichtlichen Urteil ebenfalls keinen Bestand haben kann. Nach § 74e Abs. 1 StGB aF ging mit Rechtskraft der Entscheidung das Eigentum an den eingezogenen Sachen auf den Staat über. Danach muss der Ausspruch über die Aufrechterhaltung der Einziehungsanordnung entfallen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2016 - 2 StR 18/16, NStZ-RR 2016, 368, 369).

3. Die dem Grund und der Höhe nach rechtsfehlerfreie Anordnung der Einziehung von Taterträgen (§§ 73, 73c StGB)

bedarf einer Ergänzung zugunsten des Angeklagten. Der Generalbundesanwalt hat hierzu Folgendes ausgeführt:

„Da der Angeklagte sämtliche Taten unter Beteiligung von - wenn auch teilweise unbekannt gebliebenen - Mittätern 7  
beging und diese tatsächliche (Mit-)Verfügbungsmacht über die gestohlenen Gegenstände erlangten, haftet er in Höhe  
des vollen Einziehungsbetrages gesamtschuldnerisch (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Oktober 2019 - 5 StR 402/19).“

Der Senat schließt sich auch insoweit dem Generalbundesanwalt an und ändert die Einziehungsanordnung in 8  
entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. Einer individuellen Benennung der anderen Gesamtschuldner  
bedarf es nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2021 - 3 StR 428/20).